

Roj: STS 30/2017 - ECLI: ES:TS:2017:30
Id Cendoj: 28079110012017100014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Fecha: 13/01/2017
Nº de Recurso: 1630/2014
Nº de Resolución: 12/2017
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de enero de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 222/2014 de 28 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 419/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Durango, sobre nulidad contractual. El recurso fue interpuesto por D. Arturo, representado por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz y asistido por el letrado D. José Ángel Ecenarro Basterrechea. Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora D.^a Alicia Oliva Collar y asistida por la letrada D.^a María José Coema Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.^a María Begoña Jauregui Larrinaga, en nombre y representación de D. Arturo, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que estime íntegramente las pretensiones de esta parte y

» 1.- Declare la nulidad radical o en su caso anule, o decrete la subsidiaria resolución, del contrato Financier BBVA Multicupón concertado entre las partes, de 18 de febrero de 2008, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización de los citados negocios jurídicos.

» 2.- Consiguientemente, deje sin eficacia cuantas prestaciones se hayan cumplido por las partes al amparo de su apariencia o vigencia jurídicas, e imponga a la entidad demandada la obligación de restituir a mi principal, las cantidades percibidas por mor del contrato, tanto el capital invertido -150.000 euros como los gastos o comisiones que por mor del contrato o de su cumplimiento le hubieran sido girados a su cargo con abono de intereses legales desde la fecha del otorgamiento negocial (18/02/2008) y la de cada uno de los cargos o subsidiariamente desde la fecha de la sentencia que se dicte.

» 3.- Con expresa imposición de costas a la contraparte».

2.- La demanda fue presentada el 30 de octubre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Durango y fue registrada con el núm. 419/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación,

con imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Durango, dictó sentencia núm. 85/2013 de fecha 1 de julio de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Jáuregui en nombre y representación de D. Arturo frente a BBVA:

» - Se declara la nulidad radical del contrato financiero BBVA Multicupón concertado entre las partes el 18 de febrero de 2008, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización de los citados negocios jurídicos.

» - Se deja sin eficacia cuantas prestaciones se hayan cumplido por las partes al amparo de su apariencia o vigencia jurídicas y se impone a la entidad demandada la obligación de restituir al demandante las cantidades percibidas por mor del contrato, tanto el capital invertido - 150.000 euros- como los gastos o comisiones que por mor del contrato o de su cumplimiento le hubieran sido girados a su cargo con abono de intereses legales desde la fecha del otorgamiento negocial (18/02/2008) y la de cada uno de los cargos a cuyo momento se retrotrae la nulidad.

» Se imponen las costas a la parte demandada».

SEGUNDO. - Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. D. Arturo se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 641/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 222/2014 en fecha 28 de marzo, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: estimando el recurso de apelación interpuesto por BBVA contra Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 4 de los de Durango en autos de procedimiento ordinario nº 419/2012, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma; desestimando la demanda interpuesta por Don Arturo contra dicho recurrente debemos absolver y absolvemos al demandado, imponiendo al demandante las costas de primera instancia y sin dictar particular pronunciamiento en las de la presente apelación.

» Devuélvase a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

» Contra esta resolución no cabe recurso alguno».

TERCERO. - Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- La procuradora D.ª María Begoña Jauregui Larrinaga, en representación de D. Arturo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Único. - Al amparo del art. 469.1.4º se denuncia vulneración en la sentencia de la Secc. 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 28 de marzo de 2014 del art. 24 CE , derecho de mi

poderante a una tutela judicial efectiva: La valoración probatoria efectuada en la sentencia es arbitraria, ilógica y manifiestamente errónea, vulneradora, a mayor abundamiento, de los arts. 216 y 217.7 LEC, y en especial del principio de inmediación consagrado en el art. 289.1 y 2 LEC

». Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 10 del R.D.Legvo 1/07 en relación con el art. 6.3 C.Civ y 60 del R.D.Legvo 1/07 y 79-bis Ley 24/88 (Información previa): De acuerdo con dicha normativa, procede la nulidad de pleno derecho prevista en el art. 6.3º del R.D.Legvo 1/07 por vulneración de normas -incluso administrativas- de carácter imperativo o prohibitivo en lo relativo al deber de información previa, cuando dicha vulneración tiene relación con la anómala conformación de la voluntad contractual».

«Segundo. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 10 del R.D. Legvo 1/07 en relación con el art. 6.3 C.Civ y 79-bis apartados 6 y 7 de la Ley 24/88 y 72 y 74 R.D. 217/2008 (test de idoneidad): Según la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª, núm. 840/13 de 20 de enero de 2014, en toda actividad de asesoramiento desarrollada en estos casos por las entidades que prestan servicios financieros es obligatorio realizar un test de idoneidad, y su omisión es sustento suficiente para una declaración de nulidad radical del negocio».

«Tercero. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 60 del R.D.Legvo 1/07 y 79-bis 1,2 y 3 Ley 24/88 (Información previa) en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ: La ineficacia del negocio financiero es consecuencia de la incuria informativa observada especialmente en la fase precontractual que en relación con el propio perfil del cliente originará un error esencial, sustancial y excusable».

«Cuarto. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 79 -bis de la Ley 24/88 y 75 RD 217/2008 (Test de idoneidad) en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ.; El error-vicio se presume como consecuencia de la omisión del test de idoneidad, al abrigo de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, núm. 840/13 de 20 de enero de 2014, lo que conlleva una declaración de anulabilidad o nulidad "relativa" del contrato».

«Quinto. - Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 79 -bis, 1, 2 y 3, Ley 24/88 y 80-B, 1-letra b) del R.D.Legvo 1/07 en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ: La ineficacia contractual es consecuencia de la incuria informativa o de una ineficiente información en fase de la perfección del contrato».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de noviembre de 2015, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes del caso.

1.- Los hechos sobre los que versan las cuestiones discutidas en los recursos, son expuestos en la sentencia de la Audiencia Provincial de la siguiente forma.

El demandante, D. Arturo, suscribió con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en lo sucesivo,

BBVA) el 31 de enero de 2008 un "Contrato Financiero BBVA Multicupón". Este contrato tiene como base un subyacente que son las propias acciones del BBVA y su precio de cotización en el momento de la firma del contrato. El contrato se desarrolla en el tiempo con un máximo de cinco años, y su mecánica es la siguiente:

- Primer escenario: si cada año a contar desde la fecha de la firma del contrato la cesta (acciones del BBVA) tiene un valor en bolsa superior al que tenía al momento de la suscripción del contrato, el inversor cobra el 14,50% de intereses del capital invertido y el depósito vence; si es inferior a dicho valor, el depósito continúa un año más de modo que si en el curso de los cinco años, al momento del vencimiento, coincide un valor en bolsa de las acciones del BBVA (subyacente) superior al inicial del momento de suscripción del contrato, el inversor cobra anualmente un interés del 14,50% que se va acumulando y puede llegar a representar el 72,50% de la inversión inicial en el hipotético supuesto de que el vencimiento sea positivo y transcurran los cinco años del plazo máximo previsto.

- Segundo escenario, si transcurridos cinco años desde la firma del contrato las acciones del BBVA tuvieran un valor inferior al que tenían al momento de celebrar el contrato, al momento del vencimiento del contrato, el inversor se puede encontrar ante dos supuestos: que el valor de las acciones se encuentre entre el 60% y el 100% del inicial, en que recupera el capital sin retribución alguna, o que el valor sea inferior al 60%, en que se liquida por diferencias y pierde capital.

En el caso enjuiciado, cuando transcurrieron los cinco años previstos en el contrato (a los pocos meses de interponerse la demanda), el valor de las acciones del banco estaba por debajo del 60% del que tenían cuando se suscribió el contrato, lo que generó que el demandante percibiera menos que el capital invertido.

2.- El demandante, en su demanda, solicitó la nulidad del contrato por diversas causas: inexistencia o falsedad de la causa, dolo, error invencible, defectuosa información o falta de información. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad del contrato por error vicio del demandante, pues consideró que la información facilitada por BBVA no fue detallada, exacta y veraz y el producto no era adecuado para el demandante, por lo que este incurrió en un error grave al contratar.

3.- BBVA recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial consideró que no había existido error que invalidara el consentimiento del demandante. Tuvo en cuenta que el contrato advertía, en caracteres tipográficos resaltados, que era de riesgo elevado y que el cliente podía perder parte o la totalidad de la inversión. Consideró que, por su experiencia inversora, el demandante era una persona que conocía el mundo financiero y manejaba productos de riesgo, y tenía un patrimonio de cierta relevancia, y que pese a carecer de estudios, era ayudado en la gestión de su patrimonio por su hijo, ingeniero técnico industrial. La Audiencia Provincial, al contrario que el Juzgado, dio credibilidad a la declaración de los empleados bancarios, que declararon que el demandante y su hijo, que le acompañaba en estos asuntos, fueron informados en todo momento de los riesgos de la operación, que eran personas meticulosas que repasaban las inversiones y las meditaban largamente antes de tomar una decisión, que cuando cancelaron el contrato de gestión discrecional de cartera y trasladaron fondos a otros bancos lo hicieron buscando una mayor rentabilidad. Asimismo, la Audiencia Provincial descartó que BBVA pudiera anticipar cuál iba a ser la evolución del precio de sus acciones cuando firmó el contrato. Y rechazó finalmente que el demandante hubiera podido pensar que se trataba de un depósito a plazo con capital asegurado, no solo porque así se desprendía claramente del contrato, sino además porque ningún depósito de esta naturaleza es susceptible de dar un rendimiento anual del 14,5% anual, que podía llegar en cinco años al 72,5%, lo que solo podía alcanzarse en un contrato aleatorio con el riesgo de que parte del capital invertido se perdiera.

4.- El demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en

un motivo, y recurso de casación, basado en cinco motivos, todos los cuales han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. - Formulación del recurso

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con este epígrafe:

«Al amparo del art. 469.1.4º se denuncia vulneración [...] del art. 24 CE, derecho de mi poderdante a una tutela judicial efectiva: La valoración probatoria efectuada en la sentencia es arbitraria, ilógica y manifiestamente errónea, vulneradora, a mayor abundamiento, de los arts. 216 y 217.7 LEC , y en especial del principio de inmediación consagrado en el art. 289.1 y 2 LEC».

2.- El motivo se desarrolla con argumentos de muy diversa naturaleza: que la sentencia recurrida «imputa la carga de la prueba a la parte más débil», que yerra al considerar que no son aplicables las normas que trasponen la Directiva MiFID, que atribuye arbitrariamente al hijo del demandante unos conocimientos que en ningún momento han sido acreditados, que la tenencia de acciones cotizadas en bolsa por el demandante no le atribuye experiencia, y la contratación de depósitos e imposiciones de ahorro coadyuva a fijar un perfil conservador del demandante y su esposa, y cuando las inversiones se apartan de este perfil se debe a la contratación de un contrato de gestión de cartera discrecional, que la sentencia pasa por alto el dato de que la esposa del demandante fue dejada de lado por BBVA a la hora de ofrecerle información, y que el desplazamiento de la carga de la prueba contraría la doctrina de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

TERCERO. - Decisión de la sala. Desestimación del motivo.

1.- Los recursos extraordinarios de los que conoce esta sala exigen del recurrente precisión en la identificación de la infracción denunciada, y no permiten una argumentación por acarreo en la que se mezclen argumentos de diversa naturaleza, en la que se intente replantear, de modo general, lo decidido en la instancia.

2.- En un motivo en que, por el cauce del núm. 4 del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución porque la Audiencia Provincial ha realizado una valoración de la prueba arbitraria, ilógica y manifiestamente errónea, no puede argumentarse que se ha desplazado la carga de la prueba, porque las reglas de la carga de la prueba son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido en base a una determinada valoración de la prueba.

3.- Tampoco pueden denunciarse infracciones sustantivas, valoraciones jurídicas de los hechos que se entienden constatados, o emplear un argumento consistente en negar simplemente lo que la Audiencia Provincial ha afirmado.

Recurso de casación.

CUARTO. - Formulación de los motivos primero y segundo del recurso de casación.

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: «Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 10 del R.D.Legvo 1/07 en relación con el art. 6.3 C.Civ y 60 del R.D.Legvo 1/07 y 79- bis Ley 24/88 (Información previa): De acuerdo con dicha normativa, procede la nulidad de pleno derecho prevista en el art. 6.3º del R.D.Legvo 1/07 por vulneración denormas -incluso administrativas- de carácter imperativo o prohibitivo en lo relativo al deber de información previa, cuando dicha vulneración tiene relación con la anómala conformación de la voluntad contractual».

2.- El encabezamiento del segundo motivo es el siguiente:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 10 del R.D. Legvo 1/07 en relación con el art. 6.3 C.Civ y 79-bis apartados 6 y 7 de la Ley 24/88 y 72 y 74 R.D. 217/2008 (test de idoneidad): Según la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª, núm. 840/13 de 20 de enero de 2014, en toda actividad de asesoramiento desarrollada en estos casos por las entidades que prestan servicios financieros es obligatorio realizar un test de idoneidad, y su omisión es sustento suficiente para una declaración de nulidad radical del negocio».

3.- Estos motivos se desarrollan también con argumentos de diverso tipo. En relación con la infracción legal que se identifica en el título del primer motivo, se alega que la vulneración de los deberes de información impuestos en los preceptos legales citados debe concluir en la nulidad radical del contrato, con base en el art. 6.3 del Código Civil. Y respecto de la infracción legal identificada en el título de la segunda, se dice otro tanto de la infracción del deber de someter al cliente al test de idoneidad.

QUINTO. - Decisión de la sala. Desestimación de los motivos.

1.- De nuevo se incurre en una argumentación por acarreo, en la que se citan cuestiones de diversa naturaleza, muchas de ellas completamente ajenas a la cuestión relativa a la infracción del art. 6.3 del Código Civil por no haberse declarado la nulidad de pleno derecho, que es la enunciada en el título del motivo, por lo que los argumentos que se refieren a otras cuestiones no pueden ser tomados en consideración.

Además, el recurrente incurre en el defecto de petición de principio, al partir de hechos distintos de los fijados en la instancia.

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial solo se pronunció sobre el motivo de nulidad sobre el que se había pronunciado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y había sido cuestionado por BBVA, el relativo a la nulidad por error vicio del consentimiento. No abordó ninguna otra posible causa de nulidad.

Si el demandante considera que la Audiencia Provincial, una vez declarado que no existió error que viciara el consentimiento, debió pronunciarse sobre otras causas de nulidad alegadas en la demanda, debió solicitar la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, caso de no subsanarse, formular como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la incongruencia omisiva.

No lo ha hecho así, por lo que no puede en el recurso de casación solicitar que el Tribunal Supremo revise un pronunciamiento, la desestimación de la nulidad radical del contrato por vulneración de normas imperativas relativas a la información a facilitar en la contratación de productos financieros complejos, que la Audiencia Provincial no ha realizado.

3.- Como argumento de cierre, el motivo no podría ser nunca estimado. Hemos declarado en las sentencias 716/2014, de 15 diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, que de acuerdo con la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L.:

«la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el

incumplimiento de estos deberes de información del art. 79. bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2. zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores). Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato».

Esta doctrina se ha reiterado con posterioridad, en sentencias como las 549/2015, de 22 de octubre, y 154/2016, de 11 de marzo.

SEXTO. - Formulación de los motivos tercero a quinto del recurso de casación.

1.- El epígrafe que encabeza el motivo tercero tiene el siguiente tenor literal:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 60 del R.D.Legvo 1/07 y 79-bis 1,2 y 3 Ley 24/88 (Información previa) en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ: La ineficacia del negocio financiero es consecuencia de la incuria informativa observada especialmente en la fase precontractual que en relación con el propio perfil del cliente originará un error esencial, sustancial y excusable».

2.- Los argumentos que desarrollan este motivo consisten, resumidamente, en que BBVA pudo advertir que el producto ofrecido no se adecuaba al perfil inversor y humano del contratante, y que no se le informó de la verdadera naturaleza del contrato y de sus riesgos.

3.- El cuarto motivo lleva el siguiente epígrafe:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 79 -bis de la Ley 24/88 y 75 RD 217/2008 (Test de idoneidad) en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ.; El error-vicio se presume como consecuencia de la omisión del test de idoneidad, al abrigo de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, núm. 840/13 de 20 de enero de 2014, lo que conlleva una declaración de anulabilidad o nulidad "relativa" del contrato».

4.- En el desarrollo de este motivo, el recurrente alega que la omisión del test de idoneidad permite presumir el error vicio del cliente minorista.

5.- El encabezamiento del quinto y último motivo del recurso dice así:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1º LEC por infracción de los arts. 79 -bis, 1, 2 y 3, Ley 24/88 y 80-B, 1-letra b) del R.D.Legvo 1/07 en relación con los arts. 1265 y 1266 C.Civ: La ineficacia contractual es consecuencia de la incuria informativa o de una ineficiente información en fase de la perfección del contrato».

6.- En el desarrollo de este motivo, el recurrente alega que el banco debe asegurarse de que su cliente recibe una información de calidad y de forma comprensible, en función de sus características, para que pueda asegurarse que tomó una decisión informada.

7.- La estrecha relación entre estos motivos, que giran en torno a la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil con relación a las normas que rigen la información a facilitar en la contratación de productos financieros complejos, aconseja su resolución conjunta.

SÉPTIMO. - Decisión de la sala. Desestimación de los motivos.

1.- Como precisión previa, no puede aceptarse la remisión que se hace en el último inciso del recurso extraordinario por infracción procesal, en el sentido de entender aplicables las razones

expresadas en dicho recurso a los motivos tercero a quinto del recurso. Esta remisión es incompatible con las exigencias de precisión propias de estos recursos, en los que en cada motivo ha de identificarse una determinada infracción legal y fundamentarla con argumentos concretos y precisos.

Por tanto, solo pueden tomarse en consideración los argumentos expuestos en el desarrollo de estos motivos, y no los del recurso extraordinario por infracción procesal, que debían limitarse a denunciar una infracción procesal, no sustantiva.

2.- Para la resolución de estos motivos, esta sala debe partir de los hechos fijados por la sentencia de la Audiencia Provincial, no de los fijados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que hayan sido modificados al resolverse el recurso de apelación.

La Audiencia Provincial, como hemos declarado en el primer fundamento de esta sentencia, afirmó que el contrato cuya nulidad se solicita advertía, en caracteres tipográficos resaltados, que era de riesgo elevado y que el cliente podía perder parte o la totalidad de la inversión («CON LA FIRMA DEL CONTRATO EL TITULAR CONCIERTA UNA OPERACIÓN FINANCIERA DE RIESGO ELEVADO, QUE PUEDE GENERAR UNA RENTABILIDAD POSITIVA PERO TAMBIÉN PÉRDIDAS DEL IMPORTE INVERTIDO. LA DEVOLUCIÓN DEL IMPORTE INVERTIDO Y LA RENTABILIDAD DE LA INVERSIÓN ESTÁN VINCULADAS A LA EVOLUCIÓN BURSÁTIL DE LAS ACCIONES ORDINARIAS DEL ACTIVO SUBYACENTE, Y, POR TANTO, SE PUEDEN PRODUCIR PÉRDIDAS DEL IMPORTE INVERTIDO EN LOS SIGUIENTES CASOS...»).

Consideró asimismo que el demandante, por su experiencia inversora, era una persona que conocía el mundo financiero y manejaba productos de riesgo, puesto que llevaba años gestionando una cartera de valores y diferentes productos bancarios, en concreto, una cartera de valores nacionales y extranjeros, y fondos de inversión, y tenía concertado un contrato de gestión de cartera discrecional con BBVA. De hecho, la oferta de este producto vino determinada porque el cliente quiso resolver las relaciones contractuales que desde 1996 mantenía con BBVA, trasladar sus fondos a otros bancos y buscar inversiones más rentables, pues el demandante y su hijo estuvieron estudiando depósitos a plazo y no les satisfacían.

También ha afirmado la Audiencia Provincial que el demandante mantenía un volumen de inversión de cierta relevancia (ingresó en diciembre de 2006 un efecto bancario por importe de 550.792,39 euros). Pese a carecer de estudios, era ayudado en la gestión de su patrimonio por su hijo, ingeniero técnico industrial.

Continúa la Audiencia afirmando que el demandante y su hijo, que le acompañaba en estos asuntos, fueron informados en todo momento de los riesgos de la operación. Que eran personas meticulosas que repasaban las inversiones y las meditaban largamente antes de tomar una decisión.

La Audiencia Provincial descartó que BBVA pudiera anticipar cuál iba a ser la evolución del precio de sus acciones cuando firmó el contrato.

Y, finalmente, la Audiencia rechazó que el demandante hubiera podido pensar que se trataba de un depósito a plazo con capital asegurado, no solo porque así se desprendería claramente del contrato, sino además porque ningún depósito de esta naturaleza es susceptible de dar un rendimiento anual del 14,5% anual, que podía llegar en cinco años al 72,5%, lo que solo podía alcanzarse en un contrato aleatorio con el riesgo de que parte del capital invertido se perdiera.

3.- Sentados esos hechos, carece de base la afirmación de que BBVA pudo advertir que el producto ofrecido no se adecuaba al perfil inversor y humano del contratante. El demandante tenía invertido un patrimonio considerable desde hacía muchos años, tenía experiencia inversora en diversos productos financieros, buscaba una rentabilidad mayor, y no le satisfacía la rentabilidad que ofrecían los depósitos bancarios tradicionales. Para adoptar sus decisiones

de inversión se hacía acompañar por su hijo, con formación universitaria, y ambos eran meticulosos en el examen de las inversiones que se les ofrecían.

También carece de base la afirmación de que no se le informó de la verdadera naturaleza del contrato y de sus riesgos. La Audiencia Provincial ha afirmado no solo que el contrato contenía una advertencia clara, en caracteres tipográficos resaltados, sobre los serios riesgos del producto, sino que, además, en la fase precontractual, se informó al inversor de esos riesgos. También se descarta que el demandante pudiera creer que lo contratado era un depósito a plazo con capital asegurado no solo porque así se desprendía claramente del contrato, sino porque la rentabilidad que podía obtenerse (hasta un 72,5% en cinco años) era incompatible con un depósito garantizado. Un inversor con experiencia, como era el demandante, es consciente de que una posibilidad de rentabilidad tan elevada conlleva, como contrapartida, riesgos más elevados que los de una inversión con menores posibilidades de ganancias.

4.- En cuanto a la omisión del test de idoneidad, ha de precisarse, en primer lugar, que, por la fecha de suscripción del contrato, era aplicable la redacción de la Ley del Mercado de Valores que resultaba de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que había traspuesto la Directiva 2004/39/CE (MiFID). BBVA ofreció la contratación del producto al cliente, por lo que estamos ante un servicio de asesoramiento. Al tratarse de un producto complejo, era exigible la realización del test de idoneidad. En este extremo, la sentencia de la Audiencia Provincial no es correcta.

Ahora bien, esta incorrección no afecta al resultado final de su razonamiento y al pronunciamiento estimatorio del recurso. En la sentencia 840/2013, de 20 de enero, declaramos:

«En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

En el caso objeto del recurso, esa presunción queda desvirtuada por los hechos que han resultado probados y que han sido referidos en los párrafos anteriores. El demandante era un cliente meticuloso y con experiencia. Deseaba contratar un producto más rentable porque no estaba satisfecho con la rentabilidad que le ofrecían las inversiones más conservadoras que había realizado. Y fue informado suficientemente de los riesgos que presentaba el producto que le ofreció BBVA, riesgos que constituían la contrapartida de la posibilidad de una rentabilidad mucho más elevada.

5.- Los argumentos expuestos en el último motivo del recurso resultan desvirtuados por lo dicho hasta ahora. No existió una «incuria informativa» o una «ineficiente información en fase de la perfección del contrato».

Lo que ocurrió es que los riesgos que constituían la contrapartida de la posibilidad de un rendimiento elevado se materializaron, las acciones de BBVA, que constituían el subyacente del producto derivado, bajaron sustancialmente, y el demandante tuvo serias pérdidas.

Hemos declarado en varias ocasiones, en recursos sobre anulación por error vicio de contratos de inversión en productos o servicios de inversión complejos, o de exigencia de responsabilidad por asesoramiento incorrecto sobre estos productos o servicios, que estas demandas son infundadas en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de

inversor experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un inversor no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros, como los que la sentencia de segunda instancia atribuye al demandante y al hijo que le acompañaba en la contratación de estos productos.

Las sentencias de esta sala citadas en el recurso tuvieron supuestos de hecho muy diferentes al de este recurso, pues en aquellos casos el perfil del inversor era muy diferente, carente de experiencia inversora, y la información facilitada por el banco, defectuosa, circunstancias estas que no concurren en el supuesto de hecho del presente recurso, si nos atenemos, como debemos, a los hechos fijados por la Audiencia Provincial.

OCTAVO. - Costas y depósitos.

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponemos las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Arturo, contra la sentencia núm. 222/2014 de 28 de marzo, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 641/2013. **2.º-** Imponer al recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.